

中国政法大学

结 课 作 业

题　　目：《大数据时代劳动者权益保护》

姓　　名：何莎莎

学　　号：2001010111

专　　业：法律职业伦理

《Data-Driven Law》第四章读后感

——大数据时代劳动者权益保护

一、内容概要

《Data-Driven Law》这本书里面由 Aaron Crews 撰写的第四章《The Big Move Toward Big Data in Employment》，内容丰富，论述深入，观点新颖。在大数据时代，雇主有很多需要面对的新问题，这些问题大多是大数据时代之前雇主们不曾考虑到却又十分重要的问题。作者开篇通过生动形象的例子向读者展示了大数据在工作中的潜在用途，接下来介绍了认知计算和大数据的关系，并在此基础上进一步分析了将认知计算应用于大数据的劳动法后果。除了劳动法后果外，雇主在招聘和选拔雇员的过程中收集和使用大数据的时候，还需要了解自己的行为是否会引起 FCRA（公平信用报告法）和美国残疾人法案的规定的法律后果，并有针对性地采取应对措施。需要说明的是，在大数据背景下，OFCCP（联邦合同合规项目办公室）与 EEOC（美国平等就业机会委员会）在调查中判断是否存在就业歧视，采取是标准偏差分析。但是在大数据的影响下，标准偏差分析将成为不太合适的法律相关性指标。此外，在绩效管理和工作纪律方面，大数据的应用还会引起数据安全等系列问题。最后，作者描述了在大数据时代的集体诉讼中的风险等问题。

第四章的内容大多是我以前没有涉猎过的内容，作者的文字仿佛带我进入到了一个全新的世界。在这些第四章的内容中，我最感兴趣是第五部分《Litigation in a World of Big Data》。第五部分也是第四章的最后一部分，讲述了在大数据时代，算法不仅成为了集体诉讼的主要目标，也成为了歧视诉讼的合法目标。集体诉讼的原告可能面临众多算法的挑战。首先，因为算法处于不断变化之中，没有一个原告会受到所有算法的影响，按照集体诉讼的起诉原理，这会导致集体诉讼的原告数量减少，规模变小。其次，在歧视诉讼的歧视性证明中，如果雇主成功地说明了使用该算法的商业原因，那么原告须证明存在一种歧视影响更低的替代方案，这种替代方案能同样有效地服务于雇主的合法业务需求。对于劳动诉讼中的集体诉讼的原告而言，这样的证明难度是非常高的。因为这不仅要求原告能证明雇主选择的算法存在歧视，还要求原告能确定雇主选择的算法对哪些人产生了

歧视，这对工作原理只有开发者知道的大部分算法而言非常难。此外，原告还需要证明存在歧视影响更低的替代方案。除非原告成为或者能找到精通开发和衡量算法性能的专家，否则这样的证明往往很难成功。

二、发现问题

正如上述所言，在大数据时代，集体诉讼的原告想要在歧视诉讼中成功证明算法存在歧视可谓非常之难。一般情况下，歧视诉讼的原告大多都是雇员，也就是劳动者。如此高的证明难度，无疑将劳动者保护自己不受歧视的门槛提的很高。这让我不由自主的想到在大数据时代劳动者权益如何保护的三个相关问题，劳动者劳动强度、劳动个人信息保护、劳动者的举证责任。

（一）劳动者的劳动强度保护

随着大数据和人工智能的发展，算法的各方面都得到了很大的改善和优化。与此同时，人们在运用算法实现各种特定目的的效率也得到了提升。算法的开发者和应用者在效率得到提升的同时，容易忽略受算法支配的劳动者的劳动强度的上升和劳动体验的下降的问题。例如，在外卖行业，随着外卖平台背后的算法不断在优化，订单配送的平均时长不停在减少。从表面上看，这不仅能减少外卖员的配送时间，也能降低消费者的等待时间，同时外卖平台的营利和市场也会增加，这无疑是利用算法形成的三赢局面。但是实际上，在三方中，外卖员的利益是受到了损害的。因为随着平台规定的配送时间越来越短，外卖员常通过超速、交通违规等带有危险性的方式，以保证在算法设定的配送时间内完成配送任务。当外卖员完成配送任务之后，算法还会继续优化，进一步缩短外卖配送时间。由此带来的是，外卖员的劳动强度增加和劳动体验感下降。可怕的是，算法还会能优化，导致劳动强度更大，导致外卖员陷入算法的“陷阱”之中。[1]

之所以要强调劳动者的劳动强度保护，一方面是为了保护劳动者得到良好的休息的权利，促进工作的健康可持续发展。另外一方面，也是从社会经发展的角度考虑。过度劳动会使得员工健康水平下降，从而出现歇工、缺勤、隐性出勤、工作倦怠等问题，进而导致生产效率下降。而员工生产效率下降则会给企业带来经济损失。员工身心健康出现问题，不仅会造成因歇工、缺勤所带来的工资收入

---

[1] 张钰,金伟.新就业形态劳动者权益保护研究——以外卖平台为例[J].经济与社会发展,2021,19(01):61-66.

的减少，还要为缓解 “过劳”付出医疗医药费用、心理咨询费用、购买保健品费用等。[2]有学者通过调查研究，建立合理的模型计算，得出了关于“过劳”所造成的经济损失的具体数字。该学者的调查研究显示，对全国 5147 名城镇就业人员进行样本中人均预防费用为 1684. 52 元，人均医疗费用为 1491. 93 元，人均工资性收入损失为 1128. 13 元，人均生产率损失在 573. 59—1542. 54 元之间，而人均经济总损失则在 4877. 67—5846. 63 元之间。[3]根据国家统计局的数据，2020 年全国城镇非私营单位就业人员年平均工资为 97379 元；城镇私营单位就业人员年平均工资为 57727 元。[4]我们可以算出，我国城镇非私营单位就业人员月平均工资为 8114.9 元，城镇私营单位就业人员月平均工资为 4810.5 元。过劳带来的经济损失的数字无疑是非常惊人的，因为过劳带来的人均经济总损失超过了我国城镇非私营单位就业人员 20 天的工资，也超过了城镇私营单位就业人员 30 天的工资。

（二）劳动者的个人信息保护

其实在大数据时代以前，也存在劳动者个人信息保护的问题，雇主需要对自己雇佣的劳动者（雇员）的一些信息保密，在使用雇员信息的时候也是有一定的限制的。只是到了大数据时代，劳动者个人信息保护的问题更加突出了，也引起了更多人的重视。因为在大数据时代，雇主对雇员（劳动者）个人信息的自动化处理扩大了雇主监控雇员和影响其行为的能力，这进一步增加了雇员个人信息受到侵害的风险。例如，监控设备安装、监视邮件、监视员工社交媒介、监听电话等。雇主不仅有管理雇员的权利，还有了解相关信息的法定权利，而雇员则有忠诚和提供相关信息的义务，这就造成了对雇员信息的保护与雇主基于经营自主权而了解相关信息的权利的冲突。[5]

在这场冲突中，雇员的个人信息经常是被牺牲的一方。一方面，在雇佣关系中，由于雇主和雇员的实力状况不同，雇员往往选择提供某些个人信息。例如，一些雇主甚至要求雇员提供他们的社交媒体用户名或密码的信息，以便他们以后可以了解应聘者或雇员的更多情况，而雇员通常由于想要继续工作或者获得工作

---

[2] 王欣,杨婧.过度劳动及其个体经济损失[J].人口与经济,2021(03):128-142.
[3] 王欣,杨婧.过度劳动及其个体经济损失[J].人口与经济,2021(03):128-142.
[4] 《统计局解读 2020 年城镇单位就业人员平均工资数据》，国家统计局网站，http://www.gov.cn/shuju/2021-05/19/content_5608867.htm，最后访问时间 2021 年 11 月 21 日 10：38。
[5] 王岩,陈业宏.数字经济时代劳动者个人信息保护问题研究[J].社科纵横,2021,36(01):120-128.

无法拒绝。通过这些社交账户，雇主可以监控雇员和候选人的在线行为，了解他们的个人特点和兴趣，以及影响其工作能力的信息。另一方面，雇员行使知情权是受到限制的。雇主有权知道雇员的个人信息，但雇员也有权知道他或她的个人信息是如何被使用的。实际中，这些信息是由雇主实际收集和储存的，雇员无法知道。雇主和雇员之间的信息不对称是常见的，也是法律所允许的。法律允许信息不对称，但只有在雇员知道存在对个人信息的访问的情况下，实际情况是雇员往往并不知道。

值得一提的是，劳动者的个人信息中的隐私部分的需要引起重视。大数据技术呈现出数据样本越多信息越全面的特征，劳动者隐私信息面临过度收集和不当利用等问题。此外，大规模数据开发过程中可能会出现泄露他人的信息、侵犯他人的隐私的情形。造成劳动者隐私受到侵害的原因如下：1.首先，劳动者隐私受侵害的边界不断扩大，技术手段的发展使得数据收集者可以搜集到任何地区劳动者的隐私信息，跨地区、跨国家的隐私搜集障碍降低；也即新型科学技术的应用导致劳动者隐私无处可藏，工作时间和下班以后的诸多阶段都面临着隐私受到侵害的危险。2.数据画像技术的发展，使得雇主可以依据信息对劳动者工作能力进行所谓的“综合评价”，继而选择是否继续雇佣该劳动者，这种自动决策行为由于缺乏劳动者的参与和认可实际上对其极为不利。3.雇主对劳动者信息合理利用与非法侵害边界难以确定，智能工具对隐私侵害的能力更强且侵害隐私手段“极具迷惑性”，导致的损害后果也愈发严重等。[6]

（三）劳动者的举证责任过重

算法本身是一种技术工具，雇主可以利用它提升管理效率，也可以利用法律漏洞，实施非法和侵权行为，侵害雇员的权利和利益。劳动领域中常见的一些不公平算法应用，往往是具有技术性和隐蔽性。它们潜移默化地影响着雇员的工作强度和升迁离职等，雇员也很难通过个体力量与之抗衡。在面对这样的情况的时候，雇员想要维护自己的权权益的时候却是很难的。正如《Data-Driven Law》第四章的五部分论述提到的，劳动者（雇员）想要证明雇主采用的算法存在歧视的需要证明雇主选择的算法对雇员产生了歧视，还要说明对那些雇员产生了影响。此外，原告还需要证明存在歧视影响更低的替代方案。这样的举证责任对于雇员

[6] 苏炜杰.大数据时代我国劳动者的隐私保护:对欧盟和美国立法的借鉴[J].社会科学论坛,2020(4):143-155.

而言，这样无疑是太重了。这一方面不利于劳工关系的良性循环，也不利于经济可持续发展，另一方面也会使雇员面临数据算法压榨，成为技术欺凌的对象，甚至被算法扭曲价值取向和道德观念，沦为雇主算法的掌中“玩物”。

三、应对问题

针对上文提到的问题，笔者认为有以下的应对方法。

关于劳动者的劳动强度保护问题。算法为人类的日常生活带来了更多的便利。但是在设计算法的时候，我们不能只将理性和效率作为设计算法的唯一考量。否则，人将成为算法的奴隶，劳动者的劳动也只是听从机器的命令，促成人和劳动的异化。“通过异化劳动，人不仅生产出他对作为异己的、敌对的力量的生产对象和生产行为的关系。”[7]应该在理性的基础上加入人类环境的因素，不能忽略了弱势群体的情绪和感受。只有充分的考虑了人的因素，算法才能真正和人类社会拥有良性且和谐的关系。例如，在设计有关外卖的配送时间确定的算法的时候，还应当考虑到外卖员的工作强度和工作体验。不是配送的时间越短越好，而是在保障外卖员的拥有安全合理的配送时间的范围内提升效率。具体而言，在算法的设计时候应该合理的安排员工的休息时间，增加短暂的小憩时间可以很好的缓解雇员的疲劳，增加雇员的劳动效率。此外，从政府层面应该规范法制，严格监管企业用工工时、加班工资支付等问题，使得员工的休息权得到保障。

关于劳动者的个人信息保护问题。由于雇主往往都是作为强势一方，所以目前的研究大多都是关于如何保护作为弱势一方的雇员的个人信息的内容。关于雇员个人信息保护的研究一般有两种。第一种，在肯定雇主有义务保护雇员的个人信息的基础上，“应从宏观的立法角度明确保护劳动者个人信息的规则和规定、确立个人信息的基本范围、设定用人单位保护劳动者个人信息的义务以及规定违反义务的相关劳动法责任”。[8]第二种，从雇员人格权的角度出发，认为雇员对个人信息有自主决定权，并进一步强调 “应严格限定劳动者隐私信息的范围，做到目的合法、方式透明、程序规范、管理有序、救济顺畅，使劳动者的隐私权得到有效保护”要严格限制职工个人信息的范围，做到目的合法、方法透明、程序规范、管理到位、救济无痕”。[9]

[7] 马克思恩格斯选集：第 1 卷[M].北京:人民出版社,2012：59-60.
[8] 李伶俐.用人单位对劳动者个人信息义务性保护缺失的分析[J].学术交流,2014(04):61-64.
[9] 田思路.智能化劳动管理与劳动者隐私权的法律保[J].湖湘论坛,2019(02):32.

上述的两种解决方法都能起到保护雇员的个人信息的作用，笔者认为解决雇员个人信息保护的问题，还需要建立劳动者个人信息保护体系。只有多方位综合优化对雇员的个人信息进行保护，才能达到最佳的保护效果。在立法方面，不仅应肯定雇主有对雇员的个人信息保护的义务，也要确定雇员对个人信息的自主决定权，还要在劳动合同里面确定下雇员个人信息保护的内容，此外还需要确定雇主对雇员的个人信息的使用限制等。[10]关于雇主对雇员的个人信息的使用限制，我们可以参考域外的经验。例如美国的《公平信用报告法》（Fair Credit Report Act ，简称 FCRA）规定雇主在从 CRA（consumer reporting agencies 消费者报告机构）获得消费者报告之前，通常须在一份“单独”的包含披露内容的文件中向消费者作出“明确和显著”的书面披露。也就是说要跟被调查的人说，要调查的性质和范围。雇主必须允许雇员要求提供有关调查“性质和范围”的信息，雇主必须在五天内对任何此类要求做出书面答复。求职者或雇员必须提供书面许可，以便雇主获得消费者报告。需要注意的是，在实践当中，同意可以是口头的、书面的或电子的。雇主还必须向 CRA 证明其报告的“许可目的”及其符合相关的 FCRA 规定以及州和联邦的平等机会法。雇主在取得有关雇员或求职者的消费者报告或消费者调查报告后，如果打算根据报告的部分内容对求职者或雇员采取“不利行动”，在雇主对求职者或雇员实施不利行动之前，雇主必须向个人提供“预先不利行动”通知，其中必须包括一份消费者报告和法定权利摘要的副本。[11]

此外作为劳动者的雇员还应该记住，提供信息和隐私必须是自愿的，也就是说，雇员有权决定哪些信息可以被使用，由谁使用，用于什么目的以及在什么条件下。

关于劳动者的举证责任过重的问题。在立法方面，可以在有关劳动者权益保护的相关法律中，增加算法应用的相关规定。可以明确举证责任部分倒置规定，强化算法实施方的举证责任。雇主作为算法的实施方，除了证明自己选择被起诉算法的商业原因之外，也可以证明自己选择的算法是可以选择的算法里面歧视性大小问题。如果雇主不能证明其选择的算法是其可以选择的算法中歧视性较小的算法，也可以算作劳动者举证成功。这样有利于解决劳动者举证难、鉴定难的问

[10] 王岩,陈业宏.数字经济时代劳动者个人信息保护问题研究[J].社科纵横,2021,36(01):120-128.

[11] Ed Walters,DATA-DRIVEN LAW : DATA ANALYTICS AND THE NEW LEGAL SERVICES 86-127(2019).

题。在机构设置方面，国家可以设计劳动领域算法的专门机构。在雇员想要证明雇主采用的算法存在的歧视性证明的时候，该机构可以提供专业的人才和技术帮助，负责算法存在歧视或者不公平现象的监管、调查、证明和处理等工作。由于该机构的运转可能需要较多的资金，国家应允许该机构的收入可以多元化。国家支持一部分，雇员需要证明的时候也需要上交一定的费用。此外，该机构也可以利用自己的人才和技术，承接算法相关的工作，增加维持机构正常运转的收入。

四、结论

在大数据时代我们需要解决劳动者的举证责任过重的问题，还要劳动者的个人信息保护问题以及劳动者劳动强度控制等等问题。想要解决这些问题，更好的保障劳动者的权益，需要的是多方参与，综合协调。除了上文提到的立法改善、国家增设机构、增加劳动者保护自我权益的权利和意识，还需要雇主的参与。劳动者的权益保护遇到很多新问题，同时也会越来越完善。